

WYROK
z dnia 6 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2017 r. **przez odwołującego**: E.P. S.A. (...) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego**: W.P.- P.Z.D.W. (...)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.P. S.A – Lider Konsorcjum (...) oraz P.E.U. i M. Sp. z o.o. - Członek Konsorcjum (...) zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża W.P.- P.Z.D.W. (...)
i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E.P. S.A. (...) tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od W.P.- P.Z.D.W. (...) kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz E.P. S.A. (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Informacje ogólne.

Pismem z dnia 16 lutego 2017 roku zostało złożone odwołanie przez odwołującego, którym jest E.P. S.A. (...) skierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skierowane odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego, którym jest W.P.- P.Z.D.W. ul. T. (...).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego a jego przedmiotem jest „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. D. w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) L.-P.-G.”

(Nr postępowania: (...)) zwane dalej

„Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 02.09.2016 r. i opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr (...)w dniu 06.09.2016 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Powołując się na art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą pzp”, odwołujący złożył odwołanie od wskazanych poniżej czynności i zaniechań zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 20 lutego 2017 roku przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany konsorcjum T.P. S.A – Lider Konsorcjum (...) oraz P.E.U. i M. Sp. z o.o. - Członek Konsorcjum (...) zwani dalej „przystępującym” lub „K.T.”.

II. Zarzuty odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.T., z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (pkt 3.11 SIWZ),
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:
 - a) wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, pomimo tego, iż nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę,
 - b) prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z K.T. dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ,
 - c) zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień K.T., które to wyjaśnienia oraz załączone do nich oświadczenie woli K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty K.T..

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty K.T. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy pzp) odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podnosząc powyżej przedstawione zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp oraz żądania przedstawił ich następujące uzasadnienie.

- I. Co do zachowania terminu wniesienia odwołania i wniesienia wpisu od odwołania.

Z uwagi na fakt, że zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż wyrażona w złotych polskich równoważność kwoty Euro - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp:

- 1) niniejsze odwołanie wniesiono w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia;
- 2) zachowany został warunek przekazania treści odwołania zamawiającemu - stosownie do treści art. 180 ust. 5 ustawy pzp - przed upływem terminu do złożenia odwołania, na dowód czego odwołujący załącza kopię nadania odwołania do zamawiającego;
- 3) wpis od odwołania został należycie uiszczony - tj. w wysokości 20 000 złotych na konto Urzędu Zamówień Publicznych, a dowód uiszczenia wpisu załączony został do odwołania.

Odwołujący informację o odrzuceniu oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 6 lutego 2017 r. drogą elektroniczną (via e-mail), co powoduje, że termin złożenia niniejszego odwołania upływa w dniu 16 lutego 2017 r. z tych powodów, niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie.

II. Co do interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru oferty K.T. i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy spowoduje, że oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

III. Co do przedstawienia stanu faktycznego.

1. Zgodnie z pkt 3.11 SIWZ „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014r. poz. 1502, z późn. zm.).

W celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust 3a Ustawy Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji dla Wykonawców pkt 6.2.3a) tj. Dyrektor Kontraktu, Kierownik Budowy) w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający ma prawo do skontrolowania Wykonawcy w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy wzywając go na piśmie do przekazania informacji, o których mowa w Rozdziale V-Aktu Umowy pkt. 14-17 tj. w terminie 14 dni od otrzymania takiego wezwania.

W przypadku gdy Wykonawca nie dochowa w/w terminu Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,01% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w umowie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących funkcję Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy.

2. Powyższy zapis SIWZ oraz wymóg, aby wykonawca złożył stosowne oświadczenie w formularzu ofertowym jest bezpośrednią konsekwencją zmiany SIWZ, dokonanej przez zamawiającego w dniu 18.10.2016 r. wraz z dokonaną zmianą zamawiający dokonał także zmiany formularza ofertowego, aby zapewnić wykonawcom możliwość złożenia stosownego oświadczenia, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ.

3. K.T. złożyła w terminie składania ofert Formularz Ofertowy nie obejmujący wymaganego przez zamawiającego oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

4. Następnie zamawiający wezwał w dniu 16.01.2017 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp K.T. do wyjaśnienia brakującego oświadczenia. Na wezwanie zamawiającego K.T. pismem z dnia 17.01.2017 r. poinformowała, że „omyłkowo” nie zamieściła w Formularzu Oferty oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, załączając do wyjaśnień w postaci załączników oświadczenie, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, oraz kopie umów o pracę.

5. W dniu 6 lutego 2017 r. zamawiający, akceptując wyjaśnienia K.T., dokonał wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej.

III. Co do uzasadnienia prawnego.

1. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania

zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

2. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca (tutaj w Formularzu Oferty K.T. - brak zobowiązania, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę 1) i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (tutaj pkt 3.11 SIWZ): ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego; tutaj złożenie oświadczenia w zakresie zatrudnienia na urnowę o pracę nie w Formularzu Oferty, ale na drodze wyjaśnień).
3. Stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Tymczasem K.T. złożyła ofertę bez wymaganego oświadczenia, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie, w tym na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zdanie drugie tego przepisu wprost stanowi, iż zakazuje się jakichkolwiek zmian w treści oferty, za wyjątkiem zmian wskazanych w przepisie art. 87 ust. 2 pzp, które są dokonywane przez zamawiającego. Bez znaczenia więc powinna pozostawać w tym przypadku - i w tym kontekście - ocena treści wyjaśnień K.T.. Dodatkowo należy wskazać, że samo wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i było niedopuszczalne. Wskazać należy, bowiem, że nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia.
4. W niniejszym Postępowaniu według kształtu oferty zaprojektowanego w SIWZ (tutaj pkt 3.11, a także treść Formularza Oferty), Zamawiający wprost wymagał aby

wykonawca zobowiązał się w dokumencie zwanym Formularz Oferty, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

5. Jasne i niebudzące wątpliwości sformułowanie w pkt. 3.11 SIWZ wskazuje, że zamawiający nie oczekiwał, ale i nie dopuszczał innego sposobu wyrażenia powyższego zobowiązania, niż poprzez złożenie wymaganego oświadczenia w Formularzu Oferty i w celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji Dla Wykonawców (pkt. 6.2.3a) tj. Dyrektor Kontraktu, Kierownik Budowy) w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę).
6. Wobec powyższego jakakolwiek próba udokumentowania w innej niż oczekiwał zamawiający formie zatrudnienia na umowę o pracę, np. w postaci oświadczenia własnego K.T., czy też dołączenie kopii umów o pracę na etapie postępowania przetargowego, jest niedopuszczalne.
7. Przedłożenie przez K.T. kopii umów o pracę jest także o tyle bezprzedmiotowe, że zamawiający przewidział odrębną procedurę kontroli zatrudnienia na umowę o pracę (patrz 3.11 SIWZ) i nie tyle nie oczekiwał, co nie dopuszczał w ogóle, na etapie samej procedury przetargowej, takiego sposobu udokumentowania zatrudnienia na umowę o pracę.
8. W trakcie badania oferty K.T. i Zamawiający prowadzili między sobą de facto korespondencję na temat wymogu zatrudnienia na umowę o pracę, który stanowi element sposobu realizacji zamówienia, kwalifikując tę korespondencję jako wyjaśnienie treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy pzp. O ile zgodzić się można, że treść przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pzp daje zamawiającemu uprawnienie do wyjaśnienia treści złożonej oferty - aczkolwiek w przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do wezwania K.T. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do wymagania, o którym mowa w pkt. 3.11 SIWZ - to wyjaśnienia te nie mogły prowadzić do zmiany samej oferty, co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. Wskazać należy, że przedmiotem wezwania zamawiającego było zignorowanie przez K.T. zmodyfikowanego Formularza Oferty. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie K.T. postanowił zmodyfikować treść złożonej oferty i wskazać - w formie oświadczenia własnego - że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia (Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy) będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Taka praktyka zamawiającego i akceptacja zmiany treści zobowiązania złożonego w ofercie na podstawie wyjaśnień wykonawcy K.T. nie zasługuje na uwzględnienie. W wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt. KIO 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza

zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Sporne oświadczenie dotyczące zobowiązania do zatrudnienia na umowę o pracę wskazanych osób w trakcie realizacji zamówienia, w przypadku K.T., pojawiło się jedynie na etapie wezwania Zamawiającego i pierwotnie nie stanowiło treści formularza ofertowego, czy jakiegokolwiek innego dokumentu załączonego do tego formularza.

9. Ponadto, przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie daje zamawiającemu uprawnienia do wyjaśnienia czegoś, co nie stanowi treści oferty, nie ma odzwierciedlenia w treści oferty.
10. Złożenie oferty nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach SIWZ i odnoszącym się do sposobu realizacji, powinno skutkować odrzuceniem oferty K.T.. W żadnym razie wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do jakiegokolwiek zmiany jej treści.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi jak na wstępie odwołania.

Zamawiający na rozprawie do protokołu przedstawił argumentację za oddaleniem odwołania w całości.

Pismem z dnia 20 lutego 2017 roku do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest konsorcjum T.P. S.A. w Warszawie jako Lider Konsorcjum i P.E.U. i M. Sp. z o.o. w B. jako Członek Konsorcjum, które wniosło o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego **Izba ustaliła** jak poniżej.

Zamawiający przed upływem terminu składania ofert wprowadził zmiany do SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) odnoszące się do personelu, który ma

wykonywać zamówienie w kontekście art.29 ust.3a ustawy pzp czyli opisu przedmiotu zamówienia.

Postawiony dla wykonawców czy też podwykonawców wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę sprowadzał się do stanowiska Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy. Treść tego zobowiązania przedstawił zamawiający w punkcie 3.11. SIWZ gdzie oświadcza, że wymaga zatrudnienia tych osób na podstawie umowy o pracę. Treść postanowień SIWZ wymaga aby " W celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art.29 ust.3a Ustawy Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące czynności określone w Instrukcji dla Wykonawców (pkt 6.2.3a) tj. Dyrektor kontraktu, Kierownik Budowy w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W dalszej części pkt-u 3.11. SIWZ zamawiający przewiduje na etapie realizacji umowy prawo kontroli przez ustalenie obowiązku przekazywania informacji przez wykonawcę o zatrudnieniu do zamawiającego. W myśl pkt 14-17 Rozdziału V Aktu Umowy wykonawca powinien informować zamawiającego pod rygorem przewidzianych kar umownych za zwłokę w przekazywaniu informacji w tym zakresie.

Tak więc z treści pkt-u 3.11. SIWZ wynika, że regulacja o zatrudnieniu na umowę o pracę Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy stanowi wypełnienie dyspozycji zawartej w art.29 ust.3a ustawy pzp. Z kolei w myśl tej dyspozycji ustawowej zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający czynności wymagające zatrudnienia na umowę o pracę sprowadził w pkt 3.11. SIWZ do czynności Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy.

Zamawiający dla zrealizowania tego ustawowego obowiązku w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (art.29 ust.3a ustawy pzp) zmodyfikował w dniu 18 października 2016 roku Formularz oferty wprowadzając punkt 10 o treści „10) Oświadczamy, że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.”

Izba dokonując badania treści oferty wykonawcy wybranego stwierdziła, że formularz oferty nie zawiera oświadczenia woli wymaganego art.29 ust.3a ustawy Pzp i pkt-u 3.11.SIWZ (formularz oferty Konsorcjum T.P.).

Zamawiający pismem z dnia 16.01.2017 roku powołując się na art.87 ust.1 ustawy pzp zwrócił się do wykonawcy wybranego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie Formularza oferty. Bowiem jak zamawiający w wezwaniu podkreślił złożony formularz oferty nie uwzględnia jego modyfikacji z dnia 18.10.2016 roku to jest zmian wprowadzonych w związku z art.29. ust.3a ustawy pzp. Zamawiający stwierdza, że w załączonym „Formularzu Oferty” brak jest oświadczenia na temat osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

W związku z zaistniałą sytuacją jak wskazuje zamawiający zwraca się do wykonawcy to jest przystępującego o wyjaśnienie w tym zakresie.

Wezwany wykonawca w piśmie z dnia 17.01.2017 roku do zamawiającego między innymi stwierdza, że omyłkowo w formularzu oferty nie zamieścił oświadczenia na temat zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. W związku z tym niniejszym potwierdza, że jego oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a osoby wskazane do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy były w dniu składania oferty zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz w przypadku realizacji zatrudnienia będą cały czas zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Do pisma wyjaśniającego z dnia 17.01.2017 roku złożono stosowne oświadczenia odpowiadające treści punktu 10 formularza oferty jak również potwierdzające te oświadczenia umowy o pracę.

Z dokumentów załączonych do Formularza ofertowego wykonawcy wybranego to jest Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) Część IV Kryteria kwalifikacji c. zdolność techniczna i zawodowa wynika, że Dyrektorem Kontraktu będzie Pan J.T. przy czym opisuje się jego doświadczenia zawodowe ale brak jest informacji o stosunku łączącym go z wykonawcą w związku z pełnioną funkcją. Podobnie ma się rzecz w stosunku do Kierownika Budowy Pana M.S. nie podaje się jakiego rodzaju stosunek łączy jego z zamawiającym w związku z przewidywaną do pełnienia funkcją w niniejszym zamówieniu.

Zamawiający po złożeniu ofert w dniu 12.01.2017 roku ale przed udzieleniem zamówienia wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej to jest przystępującego w trybie art.26 ust.1 ustawy pzp. Czyli wezwał do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 to jest w tym wypadku wykazu osób. Jednym z elementów tego wykazu miała być informacja o podstawie dysponowania tymi osobami w tym osobami Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy. Należy nadmienić, że art.25 ust.1 ustawy pzp. odnosi się w związku z żądanym wykazem osób do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie do treści oferty.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym i prawnym **Izba zważyła** co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia sporu jest zagadnienie oświadczenia się wykonawcy w formularzu oferty co do zobowiązania się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Przy czym wymóg tego oświadczenia znajduje podstawę prawną w art.29 ust.3a ustawy pzp., który obliuguje w przypadku robót

budowlanych do oświadczenia jakie czynności mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Wskazanie takich czynności sprowadza się do zajmowanych stanowisk i wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie co do tego opowiedział się w pkt.3.11. SIWZ przywołując art.29 ust.3a ustawy pzp jako podstawy regulacji i wymienił w tym miejscu stanowisko Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu. Też w tym samym punkcie 3.11. SIWZ zamawiający stwierdza, że co do zobowiązania zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na umowę o pracę wykonawca ma się oświadczyć w formularzu ofertowym. Przy czym formularz został tak opracowany, że wykonawcy mieli tylko go podpisać, ponieważ zawierał już zobowiązanie w tym zakresie i nie musieli wykonawcy wykazywać żadnej inicjatywy na przykład przez uzupełnienie oświadczenia we własnym zakresie. Natomiast wykonawca wybrany użył nieaktualnego formularza to jest nie zawierającego pkt-u 10, w którym wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Sam zamawiający wskazuje w wezwaniu z dnia 16.01.2016 roku, że oświadczenie o zatrudnieniu wyżej wymienionych osób jest elementem treści oferty. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający zwracając się do wykonawcy posłużył się dyspozycją art.87 ust.1 ustawy pzp. przywołując ją w wezwaniu (...) „ i zwraca się o wyjaśnienie treści oferty”(…). Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawców dotyczących treści złożonych przez nich ofert ale w wyniku złożonych wyjaśnień treść oferty nie może ulec zmianie. W przedmiotowej sprawie wykonawca przyznał się do pomyłki polegającej na posłużeniu się formularzem oferty niewłaściwym to jest formularzem przed wprowadzonymi zmianami. W związku z tym złożył na wezwanie zamawiającego i po złożeniu ofert odrębne zobowiązanie, które miało stanowić element treści wymaganych w formularzu ofertowym, których zabrakło na etapie składania ofert. Tą brakującą treścią było złożone odrębnym dokumentem zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę Dyrektora kontraktu i Kierownika Budowy.

W ocenie Izby tak dokonane uzupełnienie oświadczenia brakującego na etapie składania ofert stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść złożonej oferty, w której nie znajdowało się wymagane zobowiązanie.

Brakującego zobowiązania nie zastąpią oświadczenia znajdujące się w punktach 5 i 6 formularza ofertowego jak podnosili na rozprawie zamawiający i przystępujący po jego stronie. Pierwsze z nich odnosi się do potwierdzenia, że wykonawca zapoznał się warunkami zamówienia i nie wnosi do warunków zastrzeżeń oraz, że uzyskano niezbędne informacje do przygotowania oferty. To oświadczenie z jednej strony ma charakter uniwersalny, ponieważ odnosi się w ogóle do warunków zamówienia a także zawiera akceptację warunków zamówienia a w efekcie z niego wynika, że wykonawca posiadał wszelkie informacje do przygotowania oferty. Reasumując tego rodzaju oświadczenie odnosi się do stanu wiedzy na temat warunków zamówienia i zgody na nie a także zapewnienia, że

wiedza ta umożliwia sporządzenie oferty. Tego rodzaju formuła stanowi zapewnienie zamawiającego, że wykonawca zapoznał się z SIWZ, godzi się na jego warunki i posiadał z niej taką wiedzę, że jest w stanie sporządzić ofertę. Treść tego oświadczenia wskazuje na jego cel, którym jest zapewnienie zamawiającego, że wykonawca jest w stanie przygotować ofertę, ponieważ zapoznał się z warunkami zamówienia, je akceptuje (nie wnosi zastrzeżeń) a informacje uzyskane umożliwiają przygotowanie oferty. Podobnie pkt 6 formularza ofertowego, który odnosi się nie już do przygotowania oferty ale do zawarcia umowy w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej. W tym celu wykonawca oświadcza, że zapoznał się z postanowieniami umowy i zawrze umowę w miejscu i o czasie wskazanym przez zamawiającego w przypadku wyboru jego oferty. Tak więc obydwa przywoływane przez zamawiającego i przystępującego uregulowania formularza oferty (punkt 5 i 6) mają charakter deklaratoryjny, gwarantujący zamawiającemu przygotowanie oferty i podpisanie umowy, ponieważ wykonawca zapoznał się z warunkami przetargu, zgadza się z nimi i podpisze umowę w przypadku wyboru jego oferty na warunkach SIWZ. Niemniej wymienione regulacje formularza oferty w pkt-ach 5 i 6 nie stanowią oświadczenia o którym mowa w pkt 10 formularza a które to oświadczenie przewidziano w pkt 3.11. SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę osób na określonych stanowiskach nie jest równoważne z takimi klauzulami generalnymi jak potwierdzeniem, że zna się warunki zamówienia, akceptuje się je oraz, że uzyskane informacje umożliwią przygotowanie oferty. Czy też taka klauzula generalna jak, że zapoznano się z postanowieniami umowy i w przypadku wyboru oferty obligujemy się do zawarcia jej na warunkach SIWZ.

Tak więc w ocenie Izby klauzule punktu 5 i 6 formularza ofertowego nie zastępują wymaganego postanowieniami pkt 3.11 SIWZ oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia przez zatrudnienie Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu na podstawie umowy o pracę realizowanego treścią pkt 10 formularza ofertowego. Tego rodzaju pominięcie, opisanego oświadczenia woli w pkt 3.11. SIWZ, należy kwalifikować jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Z kolei uzupełnienie tego braku w trybie wyjaśnień w myśl art.87 ust.1 ustawy pzp po złożeniu oferty, nie naprawia wadliwości oferty wypełniającej treść art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp.

Również z innych treści złożonej oferty nie wynika oświadczenie woli wykonawcy wskazujące na spełnienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę wymienionych stanowisk. Przywoływany i cytowany powyżej JEDZ wykonawcy wymienia stanowiska i nazwiska ale nie zawiera oświadczenia co do podstawy dysponowania tymi osobami. Dopiero przed udzieleniem zamówienia a po złożeniu oferty wykonawca wezwany w trybie art.26 ust.1 ustawy pzp złożył Wykaz osób z którego wynika, sposób dysponowania wskazanymi osobami. Tak więc ustalenie treści brakującego oświadczenia woli przewidzianego w

formularzu ofertowym nie było możliwe do ustalenia z innych dokumentów składanych na dzień upływu terminu składania ofert. Powyższe stanowi potwierdzenie okoliczności podnoszonej w odwołaniu o wystąpieniu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w myśl postanowień art.82 ust.3 ustawy pzp. W niniejszej sprawie sprzeczność ta przejawiała się przez brak oświadczenia woli wymaganej treścią formularza ofertowego w zmodyfikowanym jego dokumencie na dzień 18 października 2016 roku.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie w związku z podniesionymi zarzutami odwołania to jest:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.T., z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (pkt 3.11 SIWZ),
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:
 - a) wezwanie K.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ, pomimo tego, iż nie było podstaw do takiego wezwania, wobec braku w treści oferty K.T. wymaganego oświadczenia K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę,
 - b) prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z K.T. dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odnoszącym się do wymagania, o którym mowa w pkt 3.11 SIWZ,
 - c) zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień K.T., które to wyjaśnienia oraz załączone do nich oświadczenie woli K.T., że osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj. Dyrektor Kontraktu oraz Kierownik Budowy będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty K.T..

W konsekwencji uwzględnienia zarzutów Izba nakazała zamawiającemu:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Konsorcjum P.T. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert czyli wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba uwzględniając odwołanie brała pod uwagę czy naruszenia wskazane w odwołaniu mają istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro oferta odwołującego po badaniu i ocenie ofert zajmowała drugą pozycję w rankingu ofert i potwierdziły się zarzuty odwołania to ziściły się przesłanki do uwzględnienia odwołania z art.192 ust.2 ustawy pzp w związku z art.179 ust.1 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm.

Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: